



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MARIA EDUARDA PHILOMENO GOMES DO AMARAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE SAÚDE POR ERRO
MÉDICO**

BRASÍLIA

2021

MARIA EDUARDA PHILOMENO GOMES DO AMARAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE SAÚDE POR ERRO
MÉDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Mestre Júlio César Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA

2021

MARIA EDUARDA PHILOMENO GOMES DO AMARAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE SAÚDE POR ERRO
MÉDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Mestre Júlio César Lérias Ribeiro.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2021

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a) Júlio César Lérias Ribeiro

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico esse trabalho à minha querida
avó Rachel (*in memoriam*), que veria
esse ano sua última neta formar.
“Saudades sim, tristeza não!”
Com todo meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Em tempos de pandemia, agradeço primeiramente a Deus por minha saúde e por todas as oportunidades que tive. Devo tudo a Ele.

Agradeço aos meus grandes ídolos e maiores incentivadores: meus pais, Marco e Susana. Pai, com você eu dei meus primeiros passos na vida profissional, você quem me inspirou a seguir esse caminho, é meu maior exemplo de jurista e é vendo você atuar que entendi a importância e grandeza dessa profissão. Mãe, você é a personificação da palavra incansável, trabalha ininterruptamente para nos dar as melhores oportunidades. A mulher mais inteligente, dedicada e brilhante que conheço.

Ao meu irmão e grande amigo, Marco Filho, agradeço pela amizade e aos ensinamentos que me permitiram crescer como pessoa e profissional. Ao meu namorado e companheiro leal, Eduardo, agradeço pela compreensão, apoio, incentivo e por sempre acreditar no meu potencial.

Aos professores do curso de Direito, pelos ensinamentos e correções. Em especial, agradeço ao professor Júlio Ribeiro por aceitar conduzir meu trabalho de pesquisa, pela disponibilidade, paciência, ajuda e incentivo.

A todos que contribuíram com minha experiência acadêmica e que trabalharam para prover a melhor estrutura no campus da Universidade: a equipe de manutenção, limpeza, biblioteca, secretária...

Aos meus amigos de longa data e agora colegas de profissão, Luís Roberto e João Gabriel, agradeço pelo encorajamento e por toda ajuda ao longo do curso e da vida.

Por fim, agradeço aos meus avós, Wagner, Rachel, Claudio e Vitória, grandes incentivadores e apoiadores, meus tios e tias, primos e amigos que estiveram ao meu lado durante a minha formação.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar a responsabilidade solidaria das operadoras de saúde, enquanto prestadoras de serviço, em casos de erro médico por imperícia, imprudência ou negligência de profissionais médicos credenciados. O motivo determinante para a escolha do tema foi a crescente no número de demandas ao Poder Judiciário envolvendo erro médico em razão da massificação da prestação dos serviços médicos. Considerando que o instituto da responsabilidade civil é o instrumento determinante para evitar que danos ocorram, além de instrumento reparatório e indenizatório, o presente estudo busca analisar quem deverá reparar o dano ao paciente decorrente do erro de médico credenciado ao plano de saúde. As questões serão analisadas de acordo com a doutrina brasileira atual e à luz do código civil, código processual civil, código brasileiro do consumidor, dos contratos de plano de saúde, do direito constitucional à saúde e da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Erro Médico; Operadoras de Planos de Saúde; Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO	10
1.1 Das obrigações médicas	13
1.1.1 Obrigação de meio e de resultados.....	16
1.1.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva do médico.	18
2 O ERRO MÉDICO	23
2.1 O erro de diagnóstico	28
2.2 Erro de conduta.....	31
2.3 O erro médico sob o olhar do Judiciário	33
3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE	38
3.1 Contratos de Seguro-Saúde.....	39
3.2 Responsabilidade civil das operadoras de saúde em caso de erro médico	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A saúde é direito fundamental previsto na Constituição Federal, estando diretamente relacionado ao bem jurídico de maior interesse tutelado pelo Estado: a vida. Logo, a atividade médica, e todas as atividades a esta relacionadas, são de primordial interesse social.

Nesse contexto, a massificação da prestação dos serviços médicos tem paulatinamente gerado erros médicos decorrentes de imprudência, imperícia e negligência. A massificação da prestação de serviços médicos está diretamente associada à crescente no número de pessoas que contratam a assistência privada à saúde, comprometendo o *intuitu personae* do contrato entre médico-paciente, que deveria gerar obrigação personalíssima.

Sob essa ótica, o presente estudo irá abordar a responsabilidade solidaria das operadoras de saúde, enquanto prestadoras de serviço, em casos de erros de profissionais médicos credenciados. Considerando, portanto, que a responsabilidade civil é o instrumento determinante para evitar que danos ocorram, além de instrumento reparatório e indenizatório.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi realizada relevante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial à luz dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Preliminarmente, será analisada a figura jurídica da Responsabilidade Civil, especialmente quanto ao profissional médico à luz do Código do Consumidor, definindo a atividade médica e suas obrigações, trazendo os direitos e deveres que os profissionais médicos detêm em relação aos seus pacientes no exercício de seu ofício.

No seguinte capítulo, discorrer-se-á sobre os possíveis erros obtidos através da atividade médica, com enfoque no erro de diagnóstico e no erro de conduta. Ao final do capítulo, será feita detalhada análise jurisprudencial das decisões de 2ª instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acerca do tema, entre os anos de 2013 e 2015 e do Superior Tribunal de Justiça.

No terceiro capítulo, por sua vez, será analisado o direito fundamental à saúde. Posteriormente, discorrer-se-á acerca das relações jurídicas entre as operadoras de saúde e o médico, entre as operadoras e o paciente, e a responsabilidade civil das operadoras em casos de erros médicos à luz do ordenamento jurídico pátrio e dos contratos de plano de saúde.

Dessa forma, o presente trabalho buscou aprimorar as informações aos operadores de Direito acerca do direito de reparação do consumidor, especificamente em relação ao médico credenciado, auxiliando os interessados a postularem seus direitos perante o Judiciário, no intuito de contribuir com o debate acadêmico sobre o exercício da cidadania no que concerne ao direito da saúde.

Ademais, importante ressaltar o significativo aumento na demanda jurídica envolvendo erros médicos. O acesso à informação facilitou ao paciente maior conhecimento acerca de seus direitos, ocasionando maior exigência destes. Contudo, notou-se que não há considerável debate a respeito da responsabilidade das operadoras de saúde.

O marco teórico desta pesquisa se relaciona com a doutrina brasileira atual sobre direito civil, processual civil e do consumidor. A metodologia a ser utilizada na pesquisa diz com a bibliografia do direito civil, processual civil e consumidor brasileiros e também de documentos relativos a textos normativos e jurisprudenciais.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Neste primeiro capítulo serão definidos alguns conceitos necessários para o desenvolvimento deste trabalho acadêmico, serão analisados os possíveis tipos de responsabilidade civil decorrentes de erro médico.

O instituto da responsabilidade civil possui três funções: reparatória, sancionatória e preventiva. A primeira função é a de reparar um dano. A segunda é a de punir o ofensor, enquanto a terceira é a de dissuadir o ofensor de repetir a conduta ilícita que gerou o dano. (LOPEZ, 2010, p. 77).

Dessa forma, a responsabilidade civil *“é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”*. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Existem duas grandes espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. A subjetiva exige o elemento culpa. A vítima só poderá pleitear ressarcimento do agente se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa. Para conceituar a responsabilidade civil subjetiva é necessário discorrer acerca do art. 186 do Código Civil, que dispõe que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ou seja, quando todos os elementos previstos no artigo acima estiverem presentes, a responsabilidade será subjetiva. Silvo de Salvo Venosa (2003, p. 13) enumera os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva *“os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.”*

Há, ainda, o elemento dolo, presente quando há intenção de causar dano, por ação espontânea ou voluntária. No entanto, para fins da responsabilidade por erro médico, abordar tal elemento é dispensável.

A responsabilidade civil pressupõe uma conduta humana. Tal conduta é composta por uma ação do agente ou por sua omissão que seja capaz de gerar prejuízo à terceiro, seja por negligência, imprudência ou imperícia.

Outro pressuposto para a configuração da responsabilidade civil é o nexo causal, ou seja, o elo entre a conduta do ofensor e resultado danoso. É necessário aferir se a conduta do agente foi capaz de causar o dano. Silvo de Salvo Venosa (2003, p. 39) define o nexo de causalidade como:

O liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Por fim, conforme disposto nos artigos supracitados, para configurar a obrigação de reparação é necessária, ainda, a existência do quarto elemento, o dano. Os danos abordados serão referentes aos prejuízos experimentados pelos erros médicos.

Para a espécie da responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a culpa na conduta é irrelevante. O *caput* do referido artigo dispõe sobre a obrigação de reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos, enquanto o parágrafo único dispõe sobre a espécie da responsabilidade objetiva, prevendo que em casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo dono implicar, por sua natureza, risco para os direitos de *outrem*, haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ou seja, a responsabilidade objetiva baseia-se na Teoria do Risco, que demonstra a responsabilidade do agente pelo viés do risco criado e do risco benéfico, tendo o dever de indenizar, quando sua atividade implicar por natureza risco aos direitos de terceiro. Nesse sentido, Silvio Rodrigues (2002, p. 10):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for

verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Nesse cenário, existe a responsabilidade civil por fato de *outrem*, esta ocorre nas hipóteses que um terceiro responde pelo dano causado por outra pessoa. Neste tipo de responsabilidade predomina o critério da responsabilidade objetiva. Há, ainda, a responsabilidade civil por fato de terceiro devido uma cadeia de serviço. Segundo ensina Cláudia Lima Marques (2005, p. 334 e 340):

É um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores [...] O segundo reflexo desta visualização da cadeia de fornecimento de serviços e produtos é a conexidade resultante dos vínculos contratuais, tantos os que formam a cadeia de pessoas jurídicas diferentes e independentes, mas unidas por uma finalidade de “fornecimento” (o que se denomina geralmente de “redes de contratos”), quanto do grupo eventual dos consumidores, unidos por uma finalidade “solidária” de consumo, por exemplo, em matéria de consórcios, seguros, planos de saúde e previdência privada (o que se denomina geralmente “contratos conexos”), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente de “grupo de contratos conexos”), assim como a conexidade dos próprios contratos que unem os fornecedores e os consumidores para um único fim de consumo (o que se denomina geralmente “de grupo de contratos”), contratos normalmente também múltiplos ou pelo menos triangulares (por exemplo, contrato de banco múltiplo, contrato de compra e venda com financiamento, de time-sharing, de pacote turístico etc.). Larroumet alerta para a necessidade de se obter hoje uma visão de “conjunto contratual”, da pluralidade de vínculos e contratos em uma só relação, levando à extensão da responsabilidade e dos efeitos dos contratos. Este fenômeno da conexidade dos contratos tem a ver com a finalidade e com o objeto da relação de consumo, é uma visão real da multiplicidade e complexidade das atuais relações envolvendo consumidores e fornecedores.

Dessa forma, na responsabilidade civil por fato de *outrem*, há solidariedade entre os agentes da cadeia de serviço por imputação legal oriunda do Código de Defesa do Consumidor.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil das operadoras de saúde por erro médico é por fato de *outrem*, ou seja, do médico a ela conveniado, enquanto a responsabilidade civil do médico é subjetiva.

1.1 Das obrigações médicas

É notório que o profissional liberal médico atua em uma profissão com potencialidade de dano, além de atuar com o maior bem e direito fundamental da pessoa humana: sua vida.

O contrato médico gera uma série de deveres implícitos, que devem ser seguidos pelos profissionais médicos com o intuito de evitar a configuração de responsabilidade civil e de gerar danos ao paciente. Dessa forma, o vínculo médico-paciente possui natureza contratual.

Além da administração das técnicas empregadas no tratamento, a relação médico-paciente é de suma importância. Aguiar Dias (2006, p. 337) ensina que ao tratar um paciente, o médico tem cinco deveres: conselhos, cuidados, obtenção do consentimento informado, abstenção de abuso ou desvio de poder e de sigilo. Destarte, a construção de vínculo na profissão médica exige diversos deveres médicos necessários para constituir uma relação de confiança entre médico-paciente, tais deveres estão dispostos no Código de Ética de Medicina.

Assim dispõe o Capítulo I, XIX, do supramencionado Código de Ética de Medicina, discorrendo sobre os Princípios Fundamentais da atividade médica:

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

O dever de conselho constitui o dever do profissional de instruir o enfermo acerca das precauções requeridas pelo seu estado, sendo responsável pelos danos ocorridos caso não o faça.

Por seu turno, conforme ensina Aguiar Dias (2006, p. 338-340), o dever de cuidado pressupõe que o médico atenda aos chamados de seu paciente, bem como promova visitas quando necessário. Essa obrigação somente existirá quando a doença do paciente assim exigir, ou em decorrência de acordo entre médico e paciente, sob pena de ser configurado abandono.

O dever de informar ou obtenção de consentimento encontra respaldo no art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Dessa forma, tal dever caracteriza-se pela obrigação do profissional de indicar ao paciente todos os riscos inerentes ao seu tratamento. O Código de Ética Médica preceitua que o profissional médico deve informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa causar-lhe prejuízo, nesse caso, devendo essa informação ser prestada ao responsável legal. Neri Tadeu Camera Souza (2006, p. 44) ensina que:

Se não houver a informação de maneira conveniente, não se pode falar que houve consentimento informado. A informação e o consentimento correm irremediavelmente unidos, sem um não se pode dizer que houve outro. A informação não deve ser apenas razoável. Ela deve ser suficiente para que o paciente tenha um entendimento que lhe seja bastante para compreender as diversas opções que se apresentam, podendo, assim, decidir com autonomia sobre seus objetivos pessoais.

Ademais, deve o profissional médico divulgar as informações conforme as condições individuais do paciente, e a condição ao qual se encontra. Isto é, deve ser considerado o grau de escolaridade, as questões culturais e linguísticas, bem como o grau de capacidade cognitivo. A comunicação efetiva acarreta benefícios à relação profissional de saúde-paciente. As informações deverão ser claras, precisas e, oportunamente, escritas, contribuindo com a relação de confiança e segurança do paciente em relação ao profissional.

O dever de abstenção de abuso ou desvio de poder, por sua vez, é dever lateral do contrato, decorrente da boa-fé, que impõe ao profissional não ultrapassar os limites contratados. Explicado por Aguiar Dias (2006, p. 343-345), refere-se aos limites da atividade médica. Não podendo o médico fazer experiências com o paciente, a menos que todos os métodos convencionais tenham falhado, e seja a única forma de se tentar uma cura.

Por fim, o dever de sigilo configura-se na proibição do médico em divulgar informações recebidas do paciente ou descobertas no exercício da atividade médica para terceiros.

Na ocasião em que o prejuízo gerado decorrer da atuação profissional que agredir as normas regulamentares de seu ofício, ocorrerá incidência das responsabilidades subjetivas sobreditas.

Importa salientar que a relação médico-paciente é regida pela boa-fé objetiva. Logo, o profissional médico será responsabilizado caso aja de modo desinteressado e com pouco zelo com seu paciente.

Ademais, apesar da natureza do vínculo entre médico-paciente ser contratual, não há consenso sobre a natureza jurídica desse contrato. Contudo, a natureza jurídica da atuação profissional consubstancia-se em uma relação que pressupõe a existência de um negócio jurídico bilateral, oneroso, consensual e cumulativo.

Neste contexto, existindo violação do pacto estabelecido entre as partes contraentes, também haverá responsabilidade. Assim, havendo dano, haverá a obrigação em repará-lo.

Nesse sentido, o art. 14, § 4º, do Código do Consumidor em consonância com o Código Civil preceitua que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Logo, conforme demonstrado, a natureza da responsabilidade civil dos profissionais médicos é subjetiva, sendo necessária a configuração dos elementos previstos no art. 186 do Código Civil para configurar a responsabilização. No mais, para fins de quantum de indenização, dispõe o art. 951 do mesmo código que no caso de indenização devida pelo profissional liberal, considerar-se-á o agravamento do mal, o resultado mortis, a lesão e a inabilitação para o trabalho.

As obrigações decorrentes de contratos dividem-se em duas categorias: de meio e de resultado. Para que haja a delimitação da responsabilidade decorrente de erro médico faz-se necessário a distinção entre ambas.

1.1.1 Obrigação de meio e de resultados

A atividade médica é entendida como a sequência de atos coordenados com o objetivo de tratar a saúde do paciente.

A obrigação do médico é, em regra, de fazer, infungível, imaterial e com *intuitu personae*, ou seja, personalíssima. *Prima facie*, é importante distinguir o que seja obrigação de meio e obrigação de resultado, levando em conta que o tipo de obrigação influenciará diretamente no ônus da prova.

Quando o devedor propõe-se a empregar seus conhecimentos e técnicas com o objetivo de alcançar determinado fim, contudo sem garantir o resultado, estar-se-á diante de uma obrigação de meio. Segundo Rui Stocco (2004, p.400) a obrigação de meio é a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. É o tipo de obrigação que aparece em todos os contratos de prestação de serviço, à exemplo de médicos, advogados, publicitários e etc. Dessa forma, a atividade médica precisa ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e comum a essa profissão para o melhor resultado. Ou seja, deve o médico se esforçar e usar de todos os mecanismos disponíveis para alcançar a cura do doente, mesmo nem sempre alcançando.

Isto é, nas obrigações de meio, o objeto do contrato é a própria atividade do devedor. Devido à imprevisibilidade em alcançar o resultado, em regra, as obrigações dos médicos são de meio.

Essas obrigações devem ser entendidas como aquelas em que o profissional deve empregar todos os meios para alcançar o resultado desejado pelo contratante. O mesmo ocorre, como visto, nas prestações de serviços advocatícios. O advogado não é obrigado a, necessariamente, ganhar a causa, mas é obrigado a empregar com a melhor técnica jurídica para tentar alcançar o melhor resultado. Dessa forma, o profissional de saúde obriga-se a atuar utilizando-se dos meios necessários para obtenção do resultado, sem, no entanto, garanti-lo.

Em sentido contrário, na obrigação de resultado, segundo Rui Stocco (2004, p. 400) o profissional de saúde obriga-se a chegar a determinado fim, caso contrário, não terá cumprido sua obrigação. Caso não cumpra com o resultado,

deverá arcar com as consequências. A exemplo disso, temos o contrato de cirurgia estritamente estética. Ou seja, na obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do médico. E na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.

Na obrigação de resultado, restará caracterizado o inadimplemento caso o objeto do contrato não seja cumprido. O devedor, além de utilizar os meios adequados, deverá atingir o resultado esperado, caso contrário, será responsabilizado pelas perdas e danos.

Conforme mencionado acima, a cirurgia plástica estritamente estética se constitui em uma exceção das obrigações médicas, sendo de resultado. Pois a prestação maior para o paciente é que o efeito seja o esperado. Ademais, desde que estabelecido no contrato, uma obrigação de meio poderá transformar-se em de resultado. Ainda, é possível que em um contrato cujo objeto seja uma obrigação de meio, haja obrigações de resultado.

A jurisprudência é pacífica na posição de que a intervenção cirúrgica estética deve ser uma certeza. Ou seja, o médico se compromete a alcançar o resultado pretendido pelo contratante (paciente). Desse modo, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que:

De acordo com vasta jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. (AgRg nos EDcl no AREsp **328110**/RS AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0110013-4).

Importa salientar que a obrigação de resultado difere-se da responsabilidade objetiva. Na obrigação de resultado, cabe ao médico comprovar que não houve culpa, ou seja, a presunção de culpa é relativa. Na responsabilidade objetiva, a responsabilização civil independe de culpa, e o dever de indenizar continua subsistindo.

Por essa ótica, entende-se que a principal consequência desta distinção na apuração de eventual erro médico é que os dois tipos de obrigações geram tipos diversos de ônus da prova: na obrigação de resultado, haverá presunção de culpa, porquanto que, se a finalidade para a qual o profissional obrigou-se alcançar não foi a esperada, incidirá responsabilidade. Já na obrigação de meio, o paciente, em

regra, que deverá provar que o contratado não empregou todos os meios para alcançar o resultado desejado pelo paciente.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do médico pode ou não ser presumida. O parâmetro será o tipo de obrigação assumida com o paciente.

1.1.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva do médico.

Conforme anteriormente disposto as relações de responsabilidade entre os fornecedores e consumidores estão disciplinadas na legislação especial do Código de Defesa do Consumidor. O referido Código visa proteger o elo hipossuficiente da relação, ou seja, resguardar os direitos dos consumidores e garantir a reparação pelos danos causados.

Dispõe o referido Códex que consumidor é a pessoa que utiliza ou adquire um produto ou serviço de um fornecedor, seja pessoa física ou jurídica, como destinatário final.

O termo “destinatário final” demonstra a teoria finalista na definição de consumidor. Ou seja, apenas o destinatário final e econômico do serviço ou produto gozará de direito da classe consumidora. Não abarcando os que reempregam no mercado o produto ou serviço consumido para fins de exercício de sua própria atividade, obtendo alguma finalidade econômica.

Por sua vez, a característica principal do fornecedor é a habitualidade das atividades desenvolvidas. De acordo com o Código Brasileiro do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Portanto, infere-se do texto legal que o paciente é um consumidor, pois utiliza da sapiência do médico em proveito próprio, o remunerando pelos serviços prestados. O médico e as operadoras de saúde, no entanto, configuram-se prestadores de serviço.

Conforme disposto no capítulo anterior, apesar do médico e das operadoras se enquadrarem como prestadores de serviço, a responsabilidade civil dos médicos e das operadoras é distinta, enquanto a responsabilidade civil do primeiro é subjetiva, sendo apurada mediante verificação de culpa, a responsabilidade civil da segunda é objetiva. Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica quanto a natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. ALTA MÉDICA QUE CONTRIBUIU DE FORMA IMPORTANTE PARA O FALECIMENTO DA PACIENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2. **A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado**, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

3. A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

4. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou excessivo, o que não restou configurado na espécie.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1649072/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 13/08/2020). (Grifo nosso).

Portanto, em regra, cabe à vítima comprovar o dano, o nexo de causalidade e a culpa do profissional médico para configurar responsabilidade e o dever de indenizar.

Por outro lado, conforme explanado, em algumas áreas da medicina, como ocorre com as cirurgias estritamente estéticas, por se tratarem de uma obrigação de resultado, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao autor apenas comprovar o dano. Nesses casos, a culpa será presumida pela lei, portanto, não se exige prova de culpa do agente. Contudo, conforme explanado, não significa que aqui a responsabilidade será objetiva, apenas significa que a culpa será presumida, devendo o médico comprovar que agiu sem culpa.

Há, no entanto, uma parte minoritária da doutrina que defende que em determinadas circunstâncias, a medicina pouco é abstrata, sendo assim, a responsabilidade civil médica seria objetiva. Nesse sentido, Hermes Rodrigues de Alcântara (1971, p. 38) traz interessante reflexão:

Com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafrando etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata.

Para esses doutrinadores, a responsabilidade objetiva do médico conduz a teoria do risco integral. Nessa ótica, Serpa Lopes (1964, p. 200) defende que para a teoria do risco, toda ação, gerando risco para terceiros, faz com que o agente responda por eventuais danos, independentemente de culpa. Ou seja, a responsabilidade será objetiva quando o médico, através de sua atividade, criar risco de dano para seus pacientes.

Para os doutrinadores que defendem a responsabilidade objetiva do médico, existindo o dano e o nexo de causalidade diante de uma situação, só se eximirá da indenização o médico que comprovar a culpa exclusiva da vítima.

Contudo, apesar dessa vertente, conforme elucidado no decorrer capítulo, em regra, em casos de erro médico a responsabilidade do profissional médico é subjetiva, e o ônus da prova é do paciente, cabendo a este demonstrar a culpa do médico. No entanto, não é fácil para o paciente leigo provar o erro e a culpa médica.

Usualmente, para conseguir demonstrar que houve erro médico, faz-se necessário depoimento testemunhal de funcionários que atuam com o profissional médico que causou o dano, o que por si só dificulta a demonstração da culpa.

Ademais, a medicina não é uma ciência exata, o que prejudica mais ainda a comprovação do erro pelo profissional médico, razão pela qual, processos envolvendo erro médico, geralmente, envolvem perícia técnica.

Sob essa ótica, relevante parte da doutrina defende a possibilidade de inversão do ônus da prova em casos de erro médico. Para Ênio Santarelli Zuliani (2003, p. 43-66), há dificuldade da vítima em comprovar a culpa do profissional

médico, seja pela hipossuficiência, seja pela complexidade técnica do erro a ser examinado.

Posição semelhante é defendida por Cristiano Chaves (2014. p. 904), defendendo que um dano grave ocasionado por um procedimento médico de baixíssimo risco, geraria a presunção de culpa do profissional.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 438) defende a inversão do ônus da prova em razão da complexidade técnica de comprovar a culpa médica. Ainda sob essa ótica, dispõe o art. 6º, VIII do Código do Consumidor, que a facilitação da defesa do direito do consumidor, inclusive a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando a alegação for verossímil ou quando ele for hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiências, é direito básica do consumidor. Dessa forma:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Assim, fundamentado pelo art. 6º, VIII do Código do Consumidor, pode o magistrado deferir a inversão do ônus da prova, fazendo recair sobre o médico a necessidade de provar que agiu sem culpa.

Sob ótica diversa, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 149) defende que a inversão do ônus da prova da culpa médica, acarretaria na transformação da responsabilidade subjetiva do médico, em responsabilidade objetiva, e a única forma capaz do profissional médico eximir-se da responsabilidade, seria se comprovasse alguma excludente do nexo causal. Para ele, o artigo mencionado acima não permite automaticamente ao paciente consumidor o benefício da inversão do ônus da prova.

No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 fortaleceu os defensores da possível inversão do ônus da prova em caso de erro médico, isso porque dispõe o art. 373, §1º, que:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A possibilidade de ajustamento processual é bastante notória, por permitir a procura pela veracidade e um processo estruturalmente mais justo. Conforme disposto no art. 357, III do CPC não há impedimento para que o juiz determine inversão do ônus da prova em casos de erro médico. Dessa forma:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

No entanto, à luz do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência, em regra, a responsabilidade do médico é subjetiva, cabendo à vítima comprovar o dano, o nexo de causalidade e a culpa do profissional médico para configurar responsabilidade.

2 O ERRO MÉDICO

A medicina não é uma ciência exata, e o exercício de sua profissão por si só é de risco. A responsabilidade pela vida do paciente não envolve apenas o tratamento específico de determinadas doenças, mas o alcance das expectativas do enfermo. O profissional médico é tecnicamente apto para tratar as doenças do paciente, gerando entre médico-paciente relação de confiança e expectativa de um resultado positivo. (BERGSTEIN, 2013, p. 19).

Nesta ótica, o profissional da saúde está sujeito as esporádicas adversidades da profissão, à exemplo de uma sequela ou eventual falecimento. Tais adversidades, quando advindas de falhas nas obrigações médicas ou más práticas, constituem os comumente chamados “erros médicos”.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil, na exposição de motivos da Resolução nº 1.627/2001, entende que a expressão “erro médico” é uma contração da expressão “erro profissional de médico”, aduzindo que mesmo contendo a palavra “médico” não se restringe apenas aos profissionais formados em medicina, podendo abranger outros profissionais da saúde.

Conforme leciona Rui Stoco (2007, p. 555), o médico é o guardião da vida, o protetor e responsável pela saúde física e mental de *outrem*. Deste profissional, requer-se perfeccioníssimo maior do que se exige em outras profissões, em razão de seu possível erro implicar na perda de uma vida e gerar sofrimento e dores irreparáveis. Desse modo, a conduta médica deve ser compatível com a responsabilidade que detém.

É de extrema importância a definição do conceito de erro médico. Afinal, essa expressão deve ser empregada com cautela, pois nem todo resultado adverso do esperado pode ser imputado ao médico, gerando a responsabilização e o dever de reparação. A análise do erro médico aborda diversos aspectos: éticos, penais, administrativos e civis.

O Conselho Federal de Medicina conceitua o erro médico como a “*conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um*

dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

Em harmonia, o Código de Ética Médica, capítulo III, art. 1º, prevê que:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

No mesmo sentido, Júlio Meirelles Gomes e Genival Veloso França (1999, p. 25) definem erro médico como: *“Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.*

O manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina, nessa lógica, dispõe que:

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.

Aqui, importa reiterar que em casos de culpa excessiva do paciente, caso fortuito ou força maior, os profissionais médicos também podem excluir a ilicitude da conduta, conforme art. 188 do Código Civil.

A culpa excessiva do paciente ocorre quando, por exemplo, o enfermo não realiza as prescrições médicas, ou quando omite informações, induzindo-o ao erro. A força maior, por sua vez, é caracterizada pelos erros provenientes de fatos naturais, enquanto o caso fortuito é o fato imprevisível e seu causador é indeterminável.

Nesse sentido, conforme conceito dado por Yuri A. Mendes (2007, p. 67):

O contratado se obriga a emprestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir êxito. Nesta modalidade o objeto do contrato é a própria atividade do devedor, cabendo a este enveredar todos os esforços possíveis, bem como o uso diligente de todo seu conhecimento técnico para realizar o objeto do contrato, mas não estaria inserido aí assegurar um resultado que pode estar alheio ou além do alcance de seus esforços.

Portanto, o erro médico depende do descumprimento de dever do médico. Ou seja, a falha do profissional por alguma conduta culposa no exercício da profissão médica. Segundo Irany Novah Moraes (2003, p. 40):

O erro médico vai ser tratado como desvio de comportamento do médico na execução do seu trabalho profissional, trabalho que, se tivesse sido feito dentro dos parâmetros estabelecidos pelos seus pares, não teria causado danos ao paciente.

O médico detém uma série de deveres decorrentes da legislação ou do contrato que, se não cumpridos, resultarão em sua responsabilização.

Nesse raciocínio, de acordo com Miguel Kfoury Neto citando Denari (2001, p. 192) *“serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia”*.

Ensina Miguel Kfoury Neto (2010, p. 113) que, para que se configure o erro médico, há de existir prejuízo causado pelo profissional médico em relação a um paciente. Esse prejuízo poderá ser de qualquer natureza, desde um direito, ao patrimônio, a um interesse ou a moral do paciente.

Os danos médicos poderão ser de qualquer espécie de responsabilidade civil. Ou seja, físicos (corporais), estéticos, materiais ou morais. Conforme mencionado anteriormente, o art. 951 do Código Civil dispõe que no caso de indenização devida pelo profissional liberal, considerar-se-á o agravamento do mal, o resultado mortis, a lesão e a inabilitação para o trabalho.

Os danos patrimoniais poderão advir tanto em razão das despesas hospitalares e com medicamentos. Ou em razão das privações de realizar suas tarefas, entre elas o trabalho, em razão da incapacidade física, mesmo que parcial ou temporária, tendo o paciente direito aos lucros cessantes. Os danos morais, por sua vez, resultam-se dos prejuízos estéticos, sofrimentos psicológicos e dores ocasionados pelo dano.

O resultado adverso não esperado advinda da ação ou da omissão do profissional médico, por inobservância de conduta técnica, pode ser verificado por três vias principais: imperícia, imprudência e negligência.

O erro médico por imperícia ocorre, como aponta Genival Veloso de França (1999, p. 30), em razão da "*falta de observação das normas técnicas*", "*por despreparo prático*" ou "*insuficiência de conhecimento*". Ou seja, ocorre em razão da deficiência de conhecimentos técnicos, preparo prático, estudo e observância das normas. O profissional médico será imperito quando carecer de aptidão para desempenhar determinada tarefa da profissão.

A imprudência, por sua vez, ocorre quando o profissional de medicina assume riscos, por ação ou omissão, para paciente em seu tratamento, sem base científica para tal, ou sem esclarecimentos ao paciente. Imprudência, portanto, refere-se a condutas comissivas, por ações precipitadas, impulsivas ou desarrazoadas, sem o devido cuidado.

Há significativa controvérsia doutrinária quanto a diferença entre imperícia e imprudência. Veloso de França (1992, p. 202-243) defende a corrente de que não seria possível o profissional médico praticar conduta imperita, considerando que o médico é devidamente habilitado para exercer a profissão, preexistindo, portanto, a perícia necessária para o exercício de sua profissão.

A jurisprudência, por sua vez, (REsp 228.199/RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.2000), entende que há imperícia quando o profissional médico, mesmo que habilitado pelo curso de medicina, atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. Tal corrente encontra fundamento no Código de Ética Médica, art. 1º do Capítulo III.

A evidenciação de erros médicos em razão de imperícia deve ser realizada com auxílio de técnicos especialistas. Usualmente, os tribunais somente reconhecem erros grosseiros em casos de erros por imperícia.

A terceira via, por fim, é a da negligência, e, também, a via mais corriqueira de erros médicos. Genival Veloso de França (1992, p. 202-243) caracteriza a negligência pela inação, indolência, inércia e passividade. Trata-se, portanto, de conduta omissa fundada numa falta de cuidado. Configura-se conduta negligente quando o médico trata com descaso ou desinteresse. Ou seja, de forma negligente, descuidando de seu paciente. A negligência ocorre, principalmente, pela ausência

da relação médico-paciente. Faltando, portanto, com seus deveres e compromissos éticos com o paciente.

Ainda, José de Aguiar Dias (2006, p. 149), entende negligência como:

A omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas às condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. (...) Dessa forma, percebe-se que a negligência é um ato omissivo por parte do profissional da saúde envolvido no caso.

Resume Basileu Garcia “*Consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres.*”. (2008, p. 259).

Ademais, deve o profissional médico seguir o Código de Ética Médica, não podendo omitir ato médico ilícito praticado por um colega. Assim dispõe o referido Código em seu capítulo I, VI:

O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Ademais, relevante reforçar que a melhor compreensão dos pacientes com relação aos possíveis erros médico contribuiu para que o tema fosse debatido, considerando que a principal causa do litígio de erro médico ocorre em razão de uma relação médico-paciente insatisfatória, fruto da incapacidade do profissional médico de fornecer comunicação interpessoal satisfatória e na demonstração de desinteresse em fornecer atendimento de qualidade (GONÇALVES, 2000, p. 108).

As duas principais categorias de erro médico, capaz de gerar responsabilização do profissional médico dividem-se em: Erro de diagnóstico e erro de conduta. O primeiro é aquele cometido na determinação da enfermidade do paciente, suas características e causas, o que, indubitavelmente, terá consequência na escolha do tratamento mais adequado.

Já o erro de conduta, consiste no ato comissivo ou omissivo do profissional médico. Ou seja, na prática de uma ação ou na omissão que produza efeito danoso ao paciente.

2.1 O erro de diagnóstico

O diagnóstico consiste na identificação e gravidade da enfermidade, a partir desta identificação será estabelecido qual será a terapia adequada. Quanto a esta análise, Costales (1987, p. 115) traz a linha de raciocínio que *“O primeiro ato da análise diagnóstica - que é um dos momentos mais importantes da atividade médica - consiste na arguição do paciente.”*.

Em tempos mais remotos, o diagnóstico era realizado sumariamente pelo exame físico do paciente. Atualmente, os médicos detêm de inúmeras tecnologias a seu favor, a fim de obter o diagnóstico mais preciso possível.

Preliminarmente, é necessário diferenciar o erro escusável do erro inescusável. O erro escusável configura-se pelo erro inevitável e decorrente das limitações da própria profissão da medicina. Ou seja, erros impossíveis de serem evitados pelo homem mediano no exercício de sua profissão. (SCHAEFER, 2002, p. 66).

Segundo Fernanda Schaefer (2002, p. 66-67):

Pode-se então dividir o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves; portanto, não são puníveis. [...] Maior atenção deve-se dar aos erros de diagnósticos evitáveis [...] são erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos etc.) tivessem sido tomadas. Portanto, pode-se concluir que quando o diagnóstico for caracterizado como evitável e quando o profissional responsável por ele não demonstrar o cuidado mínimo exigido no momento de diagnosticar a enfermidade indubitavelmente será responsabilizado por seu erro.

Nesse raciocínio, Fabrício Matielo (2001, p. 104) assevera que:

Diagnóstico equivocado, exceto quando resultante de culpa grosseira ou leviandade não poderá ser argumento suficiente para condenar o médico a indenizar, porque se constitui em procedimento onde prevalecem dados que frequentemente mascaram outra realidade que não aquela verificável de imediato. Às vezes o próprio paciente fornece dados distorcidos, ou oculta informações importantes, induzindo em erro o profissional.

Nesses casos, não ensejará reparação, pois o erro de diagnóstico equivocado isoladamente é considerado como erro profissional ou técnico.

O erro inescusável, por sua vez, consiste no erro de diagnóstico que poderia ter sido evitado se houvesse mais cautela. Casos de erros inescusáveis geram responsabilidade civil do médico, em razão de que o erro de diagnóstico evitável traz incalculáveis prejuízos ao paciente, *“até a realização do tratamento errôneo, que acarreta consequências graves e por vezes irreversíveis à saúde do paciente, podendo levá-lo, inclusive, à morte”* (SCHAEFER, 2002, p. 66).

O profissional médico deverá, de forma cautelar, analisar a natureza da enfermidade do paciente a fim de estabelecer o tratamento adequado. É essencial para o diagnóstico certo a realização de providências preliminares.

Sob essa ótica, Costales (1987, p. 115) ensina que o ato que inicia a análise do diagnóstico é a conversa entre o médico e o paciente, as perguntas realizadas, o estado do paciente. As descrições dos sintomas pelo enfermo. Nesse sentido, deverá o médico realizar o pedido de todos os exames necessários para diagnosticar a doença. Posteriormente, a partir dos resultados obtidos, desde os sintomas queixados à análise do histórico familiar e os resultados dos exames, deverá o profissional realizar a interpretação mais adequada ao caso concreto.

A junção desses momentos resultará segundo Kfoury Neto (2010, p. 91): *“na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.”*, ou seja, no diagnóstico do profissional médico.

Portanto, a determinação da responsabilidade civil por erro de diagnóstico caracteriza-se, segundo Kfoury Neto (2010, p. 92): *“Pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro.”*

É imprescindível a análise técnica do erro de diagnóstico para definir se o erro é escusável ou inescusável, levando em conta a natureza da medicina, que não se enquadra como ciência exata e da doença.

Portanto, o erro de diagnóstico será inescusável quando faltar cautela e precaução do profissional médico, configurando erro grosseiro. Contudo, é importante ressaltar que não será configurado erro de diagnóstico em situações que faltam recursos ou insuficiência da medicina. Não seria sensato exigir do médico mais do que ele poderia realizar naquelas condições.

É fundamental que o profissional realize todos os exames necessários e se atente a eles. Ainda, deve o profissional médico consultar, em caso de dúvida, segunda opinião médica. Deverão ser realizados exames físicos com mais complexidade para obtenção do correto diagnóstico. Caso contrário, o erro será inescusável. É necessário, ainda, fazer o estudo do histórico familiar do paciente. Em suma, o profissional deverá considerar todo histórico, sintomas, sinais e exames, a fim de diagnosticar a doença e prescrever o melhor tratamento.

No entanto, não irá gerar responsabilidade casos em que o profissional encontra-se diante algum caso cientificamente duvidoso, e com diversas opiniões médicas distintas. Afinal, um resultado adverso é passível de ocorrer em qualquer atividade humana, mesmo quando praticado por profissionais renomados e altamente competentes.

Assim, determinar a responsabilidade civil do médico decorrente de erro de diagnóstico é de muita dificuldade, por adentrar em um campo técnico como a medicina. Para concluir se o erro é escusável ou inescusável, verificar-se-á se o profissional médico tomou todas as cautelas cabíveis ao caso.

Juliane Stuani Esquiçato (2017, p. 38) conclui que a determinação de responsabilidade civil decorrente por erro de diagnóstico de um profissional é extremamente complexa por se tratar de um campo técnico. O erro de diagnóstico não necessariamente irá se tratar de negligência médica. Pois até os mais experientes profissionais, com toda cautela devida, podem errar no diagnóstico. Será, portanto, considerado se foram esgotados todos os meios, se foram tomadas

todas as possíveis cautelas e quais critérios o médico levou em consideração para concluir o diagnóstico.

Nesse sentido, o entendimento doutrinário majoritário é de que apenas um erro de diagnóstico grosseiro gera a responsabilidade civil do médico. Portanto, o magistrado não analisará o erro em si para determinar se há responsabilidade civil do médico, o objeto do exame será se foi correto o modo pelo qual o profissional de saúde chegou ao diagnóstico.

2.2 Erro de conduta

O segundo erro médico relevante para a responsabilização civil é o erro de conduta, pois mesmo em circunstâncias que não foi possível o diagnóstico preciso, o profissional de medicina deverá agir a fim de resguardar a vida do enfermo.

Inicialmente, é necessário esclarecer a distinção do erro médico do acidente imprevisível e do erro incontrolável. Júlio César Meirelles Gomes e Genival Veloso França trazem na obra “Erro Médico” (2001, p. 91), que essas duas últimas situações não configuram o erro médico:

Acidente imprevisível é o resultado lesivo, caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor nas mesmas circunstâncias (...) o resultado incontrolável é aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável e próprio da evolução do caso, quando a ciência e a competência profissional não dispõem de solução, até o momento da ocorrência.

Em diferentes estágios da atuação médica erros médicos de conduta podem ocorrer, sendo eles: (i) diagnóstico; (ii) prognóstico; (iii) cirurgia; (iv) pós-operatório; e (v) tratamento.

Conforme exposto anteriormente, o diagnóstico caracteriza-se pela determinação da enfermidade do paciente. O prognóstico, por sua vez, é a perspectiva do médico, baseado no diagnóstico médico e nas possibilidades terapêuticas, acerca da duração, dos riscos e consequências que serão gerados a partir da enfermidade do paciente. A cirurgia é o ato cirúrgico em si, ou seja, a intervenção no corpo do enfermo. O pós-operatório concerne ao momento do fim da

cirurgia até a alta hospitalar. O tratamento, por fim, é a soma de todos os cuidados, prescrições e medicamentos utilizados pelo profissional médico para atingir o objetivo, qual seja, a melhora da enfermidade, a diminuição de dores ou a manutenção da vida.

É certo que o maior bem tutelado pelo profissional médico é a vida, devendo a conduta do médico ser em prol da manutenção desta. Contudo, dependendo da enfermidade e das peculiaridades de cada caso, determinadas condutas médicas, seja a conduta precipitada, seja a demora do atendimento, podem resultar em resultado equivocado.

Para averiguar o erro de conduta, considerar-se-á a conduta do profissional médico durante cada um desses estágios. Ou seja, se houve determinação inadequada de tratamento ou de medicação, se o diagnóstico foi equivocado, em razão do profissional não ter gozado de todos os recursos disponíveis a ele, se a conduta tomada pelo profissional teria sido distinta de outro médico prudente, desde que atuando nas mesmas condições externas que o demandado.

Logo, em regra, para determinação da responsabilidade civil, o magistrado irá se basear nas circunstâncias do caso concreto. Dos meios que o profissional de saúde dispunha, se houve desvio da conduta esperada para o determinado caso, se o profissional utilizou de todos os meios possíveis para determinação do diagnóstico e etc. Portanto, haverá dever de indenizar se o médico não houver utilizado de todos os recursos possíveis, havendo erro de conduta.

Irany Novaes Moraes (2003, p. 209) entende que o profissional médico deve agir prontamente, optando pelo bom senso para tomar decisões acerca da conduta correta, baseado no diagnóstico clínico, a partir do exame físico e de probabilidade, não tendo que esperar o resultado de exames. Portanto, o profissional deve se atentar ao diagnóstico clínico a partir do exame físico do paciente.

Na prática, no entanto, a conduta precipitada pode gerar riscos maiores. Em regra, deve o médico buscar o diagnóstico certo para definir o melhor tratamento, contudo, em certos casos, deve agir premeditadamente em prol da manutenção da vida do paciente.

Teresa Ancona Lopez (2007, p. 81) relata os princípios gerais para a avaliação da culpa médica em caso de erro: o erro de diagnóstico só gerará responsabilidade caso seja grosseiro; o clínico geral deve ser tratado de maneira benevolente em relação ao especialista; o consentimento do paciente em casos de risco de mutilação ou de vida é essencial, como também o é em casos de tratamentos que geram sequelas; o médico não deve praticar cirurgias desnecessárias, mas possui a faculdade de, havendo risco de morte, mutilar o paciente; e, por fim, o profissional deve sempre avaliar a margem de sucesso do tratamento.

2.3 O erro médico sob o olhar do Judiciário

Antes de adentrar ao tema principal do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil das operadoras de saúde em casos de erro médico, faz-se necessário analisar o erro médico sob a ótica do judiciário. Isto porque, para gerar responsabilidade civil por ato de terceiros, tema que melhor será abordado no próximo capítulo, é necessário que exista, sob a ótica do judiciário, ato ilícito praticado pelo profissional de saúde.

O Direito, para analisar se houve, de fato, erro na conduta médica, irá se basear nas circunstâncias do caso concreto. Não será analisado o erro em si, o objeto do exame será se foi correto o modo pelo qual o profissional de saúde chegou ao diagnóstico, se houve desvio da conduta esperada para o determinado caso, e se utilizou de todos os recursos possíveis.

O Poder Judiciário, portanto, tem a contingência de decidir sobre a responsabilidade dos profissionais médicos quando há ocorrência de erros médicos que resultam em danos, sejam materiais ou morais.

Nos Estados Unidos há diversos estudos acerca do tema, porquanto os litígios relacionados aos erros médicos têm importância significativa nos tribunais americanos, a média de indenizações de litígios por erro médico no país pode chegar de US\$ 6 a US \$10 bilhões (SVIDER *et. al.*, 2014).

No Brasil, no entanto, não há muitos estudos que buscam esmiuçar sobre o erro médico nos tribunais, valores de indenizações, especialidades médicas por erro, etc., mas é de extrema importância o estudo jurisprudencial do tema.

Em 2018, o jornal BBC publicou matéria afirmando que são ajuizadas 3 (três) ações de erro médico por hora, somando 70 (setenta) novas ações por dia no país. Em 2020, o jornal Estadão publicou que os números de ações por erro médico triplicaram no país nos últimos seis anos, segundo dados do Superior Tribunal de Justiça.

As vítimas de erros médicos recorrem ao Poder Judiciário, em busca de reparar os danos causados pelo ato danoso. Tanto na esfera penal, quanto na esfera civil há considerável crescimento das demandas judiciais por erro médico (BONETTI; CIRILLO; MUSILE; TRINCHERO, 2016).

Em 2017 foi publicado artigo referente a um estudo feito entre abril e maio de 2016 por estudantes da Universidade de Brasília, a fim de analisar como a jurisprudência vem se posicionando acerca das condenações dos profissionais de saúde por erro médico no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

A revisão literária analisou acórdãos proferidos em segunda instância no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no período de 2013 a 2015. Foram 202 processos analisados, tanto na esfera civil, quanto na esfera criminal. Inicialmente, verificou-se que um número muito reduzido de processos foi proposto nos Juizados Especiais, (1%) tendo a maioria das ações sido propostas junto à Justiça Comum. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Ainda, foram identificados três tipos de pedidos de reparação de danos. Os pedidos de reparação por danos materiais corresponderam a 1%. Enquanto os pedidos culminados de compensação por dano moral e reparação por danos materiais corresponderam a 53% e apenas compensação de danos morais, 46%. Verifica-se, portanto, a prevalência pelo pedido pela cumulação de danos. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Os danos morais possuem o caráter compensatório, sendo o dano responsável pela compensação dos constrangimentos, dissabores e dores decorrentes do erro médico, enquanto a condenação por dano material tem caráter reparatório. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Os erros médicos objetos das ações judiciais analisadas envolveram, em sua maioria, erros por diagnósticos. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

As especialidades com maiores números de processos foram, respectivamente, ginecoobstetrícia, ortopedia, cirurgia plástica e cirurgia geral. Cabe esclarecer, ainda, que para fins de responsabilidade por erro médico, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal não diferencia médico do dentista e fisioterapeuta. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Ademais, o setor privado teve o maior aporte de processos por erro médico no Distrito Federal, totalizando 51% das ações. Tais ações foram movidas contra a pessoa jurídica, sejam clínicas, hospitais e planos de saúde, sendo que o médico individualmente foi processado em apenas 5% das ações analisadas. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Os processos por erro médico movidos contra pessoas jurídicas de direito público, o Sistema Único de Saúde-SUS, do Distrito Federal, somaram 44%. Nestes casos, responde o processo à Fazenda Pública. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

Ademais, resultaram improcedentes 57% das ações. 22% das ações analisadas tiveram decisão final procedente, dando-se o ganho de causa ao paciente, 19% resultaram em parcialmente procedentes e 2% foram extintas. (GOMES; PIRES DE SÁ, 2017).

A partir das análises do estudo supramencionado, verifica-se que a maioria dos processos resultou improcedente, confirmando a extrema dificuldade na comprovação do erro médico por parte do paciente.

Quanto à responsabilização das operadoras de saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado jurisprudência no sentido de responsabilizar as operadoras de forma objetiva, bastando a comprovação da culpa do profissional médico

credenciado. Desse modo, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. **O STJ possui firme o entendimento no sentido de que a responsabilidade da operadora de Plano de saúde em que atua o médico é objetiva em relação à atividade de seu profissional. Dessa forma, a responsabilidade da parte recorrente só seria excluída se fosse comprovada a ausência do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o resultado**, o que não é o caso dos autos, conforme consignado pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 83 e 7 do STJ.

2. A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que os valores fixados a título de danos morais porque arbitrados com fundamento no arcabouço fático-probatório carreado aos autos, só podem ser alterados em hipóteses excepcionais, quando constatada nítida ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre na hipótese vertente. Precedentes.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1561095/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020) (grifo nosso).

No mesmo sentido, em acórdão relatado pelo Ministro Raúl Araújo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade da prestadora de serviços de saúde que:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. INSTITUIÇÃO PRESTADORA DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO EMERGENCIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se, na hipótese de "paciente que sofreu AVC (acidente vascular cerebral), com agravamento, face a demora nos primeiros socorros e diagnóstico médico equivocado" (fl. 967). A ação foi ajuizada contra a operadora de plano de saúde, o serviço de socorro de emergência e a médica socorrista, com a condenação solidária dos requeridos.

2. Segundo o acórdão recorrido, o estado de saúde da paciente foi agravado pela incúria da médica socorrista, que proferiu diagnóstico equivocado e não promoveu a imediata remoção da paciente ao hospital - premissa inalterável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. **A responsabilidade da prestadora de serviços de saúde em que atua o médico é objetiva quanto à atividade de seu profissional. Nessa linha, a responsabilidade da parte agravante só seria excluída se comprovada a ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, o que não é o caso dos autos.**

4. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o exame do valor fixado a título de danos morais é admissível apenas em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a índole irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso.

5. O Tribunal local, com base nos elementos informativos dos autos e atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, majorou a

verba indenizatória a que foram condenados os requeridos, solidariamente, para R\$ 80.000,00 para a primeira autora, paciente, R\$ 40.000,00 para o segundo autor, marido, e R\$ 5.000,00 para os demais autores, filhos, ressaltando que "o casal teve a vida praticamente ceifada pela incapacidade irreversível da vítima".
6. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp **616.058**/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018) (grifo nosso).

A partir da análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é possível auferir que apesar dos Tribunais Superiores se manifestarem quanto à responsabilização objetiva das operadoras de saúde, esta somente se dá com a comprovação da culpa médica, o que, conforme dados dos acórdãos de 2ª instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é possível deduzir que é de extrema dificuldade por parte do paciente.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE

Por volta do século XVIII, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, como forma de garantir a autonomia e a liberdade do homem, surgiram os direitos fundamentais (LEITE, 2009, p. 119).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais foram ascendidos, tratando o ser humano com dignidade e garantindo seu bem-estar efetivo. (MARMELESTEIN, 2008, p. 66).

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a saúde como direito social, e tem o status de direito fundamental (MARMELESTEIN, 2008, p. 66):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010) (BRASIL, 1988).

Mais adiante, o art. 196 da CF determina o caráter universal do direito nele mencionado, dispondo que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Percebe-se que, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado o dever de garantir a saúde, através de políticas públicas, garantindo “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*” (MARQUES, *et. al.*, 1999, p. 13;74).

Por seu turno, o art. 197 da CF preceitua que:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Em suma, cabe ao Estado a regulamentação e fiscalização do sistema de saúde, contudo, a prestação e execução do serviço à saúde pode ser realizada por particulares.

Por fim, estabelece o art. 199 da Carta Magna que:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Destarte, o artigo supramencionado preceitua que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, prevendo a participação das instituições privadas a fim de complementar o Sistema Único de Saúde.

3.1 Contratos de Seguro-Saúde

Ante as previsões constitucionais mencionadas no capítulo anterior, o Brasil adotou rigorosa legislação específica a fim de proteger a quem recorre à assistência privada. Assim sendo, foi sancionada a Lei 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Os contratos de seguro, por sua vez, são disciplinados pelo Código Civil, arts. 757 a 802. Dessa forma, dispõe o art. 757 que:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

No entanto, as obrigações decorrentes dos contratos não se limitam ao pagamento do prêmio pelo segurado e da cobertura pelo segurador. Há, também, outras obrigações inerentes ao contrato, como, por exemplo, a obrigação de prestação de informações corretas pelo segurado e a prestação detalhada de informações acerca das condições do seguro e o fornecimento de cópia da apólice.

Ainda, o Código Civil classifica os contratos de seguros em dois principais grupos: seguros de dano ou dos ramos elementares e seguros de pessoas. O primeiro assegura a cobertura contra riscos que ameçam seu patrimônio. O segundo protege o segurado de riscos que ameacem sua integridade física.

Segundo Orlando Gomes (2008, p. 507), a grande distinção entre os dois grupos está na natureza do pagamento devido pela seguradora. No primeiro, a obrigação contratual da seguradora configura-se no pagamento indenizatório, a fim de ressarcir o dano. O segundo, por sua vez, não tem caráter indenizatório, e sim, conforme preceitua o art. 757 do Código Civil, visa garantir o interesse legítimo do segurado.

Para sua própria existência, o contrato de seguro pressupõe a existência de um risco. Ou seja, o segurado está exposto à existência de um possível dano à sua integridade física ou ao seu patrimônio.

Cavaliere Filho (2008, p. 418) ensina que risco é:

Perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimentos futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro. As pessoas fazem seguro, em qualquer das suas modalidades – seguro de vida, seguro de saúde, seguro de automóveis etc. -, porque estão expostas a risco.

Cavaliere Filho (2008, p. 418) denomina as particularidades do contrato securitário como a “santíssima trindade”: *“Três são os elementos essenciais do seguro - o risco, a mutualidade e a boa-fé -, elementos, estes, que formam o tripé do seguro, uma verdadeira, “trilogia”, uma espécie de santíssima trindade.”*

Flávio Tartuce (2013, p. 577) traz interessante reflexão sobre a determinação dos riscos cobertos pela seguradora na apólice, estes devem ser analisados *“à luz da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da proteção da dignidade da pessoa humana, não podendo colocar o segurado aderente em situação de extrema desvantagem ou de onerosidade excessiva”*.

Os contratos de planos de saúde tem como objeto o resguardo do bem-estar do indivíduo, possuindo um notável grau de importância. Assim sendo, a

principal obrigação das operadoras de saúde é o pleno cumprimento das cláusulas contratuais.

Os deveres básicos que regulam a atividade das operadoras de saúde são: dever de, de fato, prestar o atendimento desposado ou reembolsar as quantias previstas no contrato; dever de transmitir aos profissionais da saúde conveniados e segurados a quantia devida pelos atendimentos; dever de cautela; dever de não coagir os profissionais da saúde para escolha de exames e tratamentos ou limitar tempo de internamento; dever de fiscalizar materiais e equipamentos necessários ao desempenho concordante das especialidades oferecidas; dever de selecionar com cautela os médicos conveniados, cadastrados ou indicados nas listas referenciais; dever de renovar automaticamente as apólices, caso preenchidos as condições de renovação; dever de respeito à dignidade e integridade física e psíquica do indivíduo. (SCHAEFER, 2010, p. 75).

Ainda, os planos e seguros de saúde poderão ser contratados de forma individual ou familiar; coletiva ou empresarial (vinculados a uma pessoa jurídica) ou coletiva por adesão (ofertados por pessoa jurídica a pessoas que detêm autonomia de contratar).

Ademais, deve o instrumento contratual ser celebrado na forma expressa, devendo conter em seu texto todos os riscos assumidos pela seguradora, a data de início e término do contrato, o limite da garantia e o valor da apólice, as quais são normalmente elaboradas sob a forma de contrato por adesão. Cabe a seguradora a determinação do conteúdo das cláusulas contratuais, a fim de uniformizar as mesmas condições a todos os segurados. No entanto, em razão da unilateralidade na elaboração dos contratos por adesão e na imposição das cláusulas contratuais, a interpretação do contrato deverá obedecer os preceitos legais. (Agência Nacional de Saúde Suplementar e a Superintendência de Seguros Privados).

Ademais, todos os atos decorrentes do contrato securitário estão condicionados à sua função social. Mesmo tratando-se de contrato consensual, existem outros interesses envolvidos. Principalmente quando se trata de contratos de seguro-saúde, há interesse de ordem pública, os quais deverão ser considerados pelo segurador e segurado.

Os contratos que versarem acerca da assistência à saúde são, portanto, disciplinados pelos artigos supramencionados do Código Civil, pelas Leis 10.185/01 e 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2 Responsabilidade civil das operadoras de saúde em caso de erro médico

Conforme demonstrado, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor adotou duas possibilidades de responsabilização civil, a subjetiva e a objetiva. Ambas necessitam da existência do dano experimentado pelo paciente e do nexo causal. Em regra, a responsabilidade dos profissionais de saúde é subjetiva, e dos demais fornecedores objetiva por fato de *outrem*, ou seja, independe de culpa.

Para fazer surgir a responsabilização por fato de terceiro, mesmo que seja imputado a *outrem* o dever de reparar o dano, é necessária a demonstração de culpa do profissional liberal. Ou seja, a inexistência de culpa do profissional médico exclui o dever de indenizar dos demais fornecedores.

Conforme definido no capítulo referente ao contrato de saúde, o contrato de plano de saúde é qualquer tipo de contrato que envolva a prestação de serviços de saúde ou a cobertura dos custos desses serviços, seja pelo mecanismo de reembolso de despesas pagas pelo próprio consumidor ao prestador, seja pelo fornecimento de uma rede credenciada prestadora de serviços (SALAZAR, 2007, p. 26).

Ou seja, entre o segurado e o segurador existe uma relação de consumo, portanto, essa relação está sujeita às regras dispostas no Código do Consumidor. O segurado deve pagar pelo fornecimento do serviço, e a seguradora tem o dever de prestar assistência de acordo com a apólice contratada.

Desse modo, as operadoras de saúde, na condição de fornecedores e prestadores de serviço, respondem objetivamente pelos danos sofridos em razão das falhas decorrentes dos serviços médicos oferecidos.

A relação entre segurador e segurado é incerta, não se tem definido quando ou se o segurado usará o plano contratado. Contudo, é imperioso que quando o segurado necessite da assistência à saúde, o plano a forneça nos moldes do contrato.

A responsabilidade das operadoras de saúde possui uma grande relevância para os tribunais, considerando a crescente no número de demandas jurídicas envolvendo erros médicos, resultado da massificação da prestação dos serviços médicos.

Conforme elucidado ao longo deste trabalho, as operadoras de saúde, enquanto fornecedoras de serviços, estão sujeitas às normas do Código do Consumidor.

O já mencionado art. 14, caput e § 1º, prevê que será responsável pela reparação dos danos causados pelo acidente de consumo o fornecedor do serviço, independentemente da comprovação de culpa, considerando serviço defeituoso aquele que não fornece a segurança necessária que o consumidor espera.

De forma complementar, o art. 7º, parágrafo único Código do Consumidor dispõe sobre a solidariedade de todos os fornecedores envolvidos na cadeia de consumo em responder pelos danos, enquanto o art. 25 do mesmo Códex veda a cláusula contratual que exonere algum dos fornecedores da obrigação. De forma semelhante, o art. 942 do Código Civil também trata do tema. Prevendo que:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

O objetivo do instituto da responsabilidade civil antes de restituir o dano, é de preveni-lo, sendo assim, seu principal propósito é o de resguardar o direito do indivíduo lesado em razão da culpa de terceiros.

Diferentemente da obrigação médica, que é, em regra, uma obrigação de meio, a obrigação das operadoras de saúde é de resultado, portanto, incumbe a operadora a prestação de serviços de alta qualidade, estas se responsabilizam por oferecer atendimento médico de alto padrão, havendo descumprimento quando o fornecedor não obtiver o grau de qualidade esperado.

Assim, em casos de erro médico, para que a operadora de saúde responda solidariamente, é necessário que o profissional médico autor do dano esteja credenciado ao plano contratado. Isto porque, irá constatar que o erro médico decorreu da má prestação de serviço do plano de saúde.

As operadoras de saúde disponibilizam ao segurado uma lista detalhada dos hospitais e profissionais credenciados. A partir dessa lista, os segurados optam por algum dos locais ou profissionais listados. Nesse sentido, as operadoras detêm a liberdade de selecionar de quais médicos e hospitais serão conveniados ao plano, tornando-se, portanto, responsável pela qualidade dos serviços oferecidos, do atendimento e dos profissionais que colocam à disposição de seus consumidores por meio de listas vinculativas. Restando ao segurado confiar plenamente nas opções de serviços disponibilizados e nos critérios utilizados pelas operadoras.

Sobre as listas vinculativas, Fernanda Shaefer (2003. p. 87) traz interessante ensinamento:

Por meio delas as operadoras obrigam o paciente-consumidor a se socorrer dos serviços e profissionais ali elencados, retirando-lhe a liberdade de escolha sob pena de não poderem usufruir a cobertura contratada. Assim, se há pré-verificação da qualidade dos nosocômios e da capacidade dos profissionais por meio de documentos, entrevistas, análise de currículos etc., acredita-se que a operadora está oferecendo serviços seguros e de qualidade, cujo credenciamento não se deu apenas em razão de uma adequação financeira.

Isto posto, havendo vínculo entre a operadora e o profissional médico, ou entre a operadora e o hospital, confia-se que foi averiguada a excelência do serviço do profissional contratado, portanto, será responsabilizada pela má escolha dos médicos ou hospitais vinculados.

Dessa forma, havendo limitação da livre escolha do segurado, considerando que os mesmos deverão se limitar às listas fornecidas pelas operadoras de saúde, ocorrerá a responsabilização das operadoras.

Ademais, o erro do médico associado é parte do risco do negócio das operadoras de saúde, isso porque, a atividade fundamental das operadoras da saúde é a prestação e fornecimento de serviço à saúde. (NUNES, 2000, p. 145-152).

Isto posto, a Professora Cláudia Lima Marques (1996, p. 192) explica que:

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (fides) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com a saúde.

Nessa ótica, independentemente de culpa, é notória a responsabilidade solidária das operadoras de saúde em virtude dos danos oriundos dos médicos conveniados ou credenciados, enquanto estas detêm a responsabilidade pela escolha e qualidade do serviço que disponibilizam no mercado, considerando que o assegurado não tem a liberalidade de escolher esses profissionais.

Dessa forma, devidamente comprovado o dano e as falhas do profissional conveniado ou credenciado, há uma ampliação da legitimidade passiva das ações indenizatórias, devendo a operadora de saúde figurar solidariamente no polo passivo da lide.

Ainda, é pertinente diferenciar a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde e das seguradoras de saúde. A solidariedade da responsabilidade civil apenas se aplica aos planos de saúde, sendo excluída a responsabilidade em casos de seguradoras.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina majoritária corroboram no entendimento de que não existe responsabilidade civil das seguradoras de saúde em casos de reembolso, conquanto não haja uso de listas referenciais de médicos ou hospitais credenciados.

Assim sendo, Sérgio Cavalieri nos ensina que se for verificado que o plano de saúde trabalha com médicos e hospitais de livre escolha, apenas o referido médico e hospital serão responsáveis por reparar o dano. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 360).

Por fim, não haverá responsabilidade solidária dos planos de saúde se não for devidamente comprovada a falha; a culpa for exclusivamente do segurado; culpa exclusivamente de outrem que afaste o nexo causal; caso fortuito e força maior; legítima defesa; estado de necessidade; exercício regular de direito e cumprimento do dever legal.

CONCLUSÃO

As operadoras de saúde surgiram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu a saúde como direito fundamental, mas preceituou que a sua assistência é livre à iniciativa privada, prevendo a participação das instituições privadas a fim de complementar o Sistema Único de Saúde.

A fim de proteger a quem recorre à assistência privadas, surgiu rigorosa legislação específica, posteriormente amparada com a criação do Código de Defesa do Consumidor, que passou a reger as relações de consumo entre os segurados e os seguradores das operadoras de saúde.

O Código Brasileiro do Consumidor enquadrrou as operadoras como fornecedoras de serviço e os segurados como consumidores. Desse modo, as operadoras passaram a estar sujeitas as normas dispostas no referido Códex, respondendo objetivamente e solidariamente pelos danos sofridos em razão das falhas decorrentes dos serviços prestados, independentemente da comprovação de culpa.

Para utilização dos serviços das operadoras, estas disponibilizam aos assegurados uma lista vinculativa de profissionais credenciados. Os assegurados deverão ficar restritos aos profissionais por ela listados, confiando nos critérios de seleção da operadora. Ou seja, as operadoras detêm liberdade de escolha dos profissionais vinculados, sendo assim, comprovado o erro médico, a operadora será responsabilizada pela má escolha dos médicos ou hospitais vinculados.

Em regra, a obrigação médica é de meio, e o ônus de provar a culpa médica é do paciente, salvo em casos de cirurgia estritamente estética, onde a obrigação é de resultado e há presunção de culpa do profissional médico, cabendo ao médico comprovar que agiu sem culpa.

Nessa ótica, para configurar a responsabilidade civil objetiva da operadora, o segurado deve comprovar a responsabilidade subjetiva do profissional médico credenciado. Ou seja, o dano experimentado, a culpa do profissional, demonstrando que este agiu com imperícia, imprudência ou negligência e demonstrando o nexo de causalidade.

Se devidamente comprovada a culpa do profissional médico credenciado, não pairam dúvidas quanto a responsabilização solidária da operadora de saúde, conforme preceituado no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

Apesar do tema ainda não ter sido muito debatido nos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça têm se manifestado quanto à responsabilização objetiva das operadoras de saúde em casos de erro de médicos credenciados, contudo, a responsabilização somente se dá com a comprovação da culpa médica, o que, conforme demonstrado, é de extrema dificuldade por parte do paciente.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica**. Rio de Janeiro: José Konfibo, 1971.

ALMEIDA, Yuri A. Mendes. **Obrigações de meio e obrigações de resultado**. 2007. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1681037-obriga%C3%A7%C3%B5es-meioobriga%C3%A&%C3es-resultado>. Acesso em 27.jul. 2018.

ALVIM, Mariana. **Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros**. BBC News, São Paulo, 19 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013

BONETTI, M.; CIRILLO, P.; MUSILE, Tanzi P.; TRINCHERO, E. An analysis of the number of medical malpractice claims and their Amounts. **PLoS ONE**, v. 11, n. 4. 2016.

BRASIL. ANS. **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/> Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.246/88**. Institui o Código de ética médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.627/2001**. Exposição de motivos ao regulamento do Decreto nº 44.405, de 19 de julho de 1958. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2001/1627>. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. TURMA). **AgInt no AREsp: 1561095 SP 2019/0234601-8**. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. [...]. Agravante: Sermed-Saúde LTDA. Agravado: Jonatan Daniel Campos. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. TURMA). **AgInt no AREsp: 1649072 RJ 2020/0009497-7**. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. [...]. Agravante: Amil Assistência Médica Internacional S. A. Agravado: Itamar Ribeiro. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de agosto de 2020. Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. TURMA). **AgInt no AREsp: 616058 RJ 2014/0308349-9**. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. [...]. Agravante: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Agravado: Edeir de Carvalho. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 27 de novembro de 2020. Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (4. TURMA). **AgRg nos EDcl no AREsp: 328110 RS 2013/0110013-4**. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. [...]. Agravante: J. B. J. N. Agravado: A. S. O. O. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 19 de setembro de 2013. Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3. TURMA). **REsp 228199 RJ 1999/0077089-7**. IMPOSSIBILIDADE, CONHECIMENTO, RECURSO ESPECIAL, EXAME, VIOLAÇÃO, ARTIGO, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, EXISTENCIA, [...]. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 21 de outubro de 1999. Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **SUSEP** - SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br> Acesso em: 06 fev. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTALES, J. Fernandez. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: Edilex, 1987. p. 115.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESQUIÇATO, Juliane Stuani. **A responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico**. ETIC, 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6572>. Acesso em: 26 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Responsabilidade Civil em Espécie**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2014

França G. V. **Direito Médico**. 5. ed. São Paulo: Fundação BYK, 1992. p. 202-243.

GOMES, Julio César Meireles. FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coords). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. 3. ed. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Talita Rodrigues; PIRES DE SÁ, Maria Célia Delduque Nogueira. O Erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p.72-85 jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/362>. Acesso em: 12 mar. 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Dano Estético: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

MORAES, Irary Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 209.

NETO, Miguel Kfourir. **Culpa médica e ônus da prova:** presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em ginecoobstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Miguel Kfourir. **Responsabilidade civil do médico.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Glauce Denise de Oliveira. **Responsabilidade Civil Médica.** 2012. 18 f. Tese (Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/GlaucDenisedeOliveiraSantos.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico e erro de diagnóstico.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico.** 2. ed. São Paulo: LZN, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 555.

SVIDER, P. F.; VIDAL, G. P.; ZUMBA, O.; MAURO, A. C.; HASER, P. B.; GRAHAM, A., *et al.* Adverse events in carotid endarterectomy from a medicolegal perspective. **Vasc Endovascular Surg**, v. 48, v. 5-6, p. 425-429, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 43-66, mai. 2003. Disponível em: <https://dSPACE.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/35608>. Acesso em: 19 abr. 2021.